

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les contrats informatiques

Poullet, Yves; Poullet, Pierre

Published in:
Droit et Pratique du Commerce International

Publication date:
1981

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Poullet, Y & Poullet, P 1981, 'Les contrats informatiques: réflexions sur dix ans de jurisprudence belge et française (1ère partie)', *Droit et Pratique du Commerce International*, VOL. 8, Numéro 1, p. 87-108.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Les contrats informatiques :

Réflexions sur dix ans de jurisprudence
belge et française

PREMIÈRE PARTIE

Pierre * et Yves
POULLET **

Centre Informatique
et Droit
NAMUR

INTRODUCTION :

L'OPERATION INFORMATIQUE ET LA JURISPRUDENCE

I. – L'OPÉRATION INFORMATIQUE

A. – Le contrat informatique : contrat complexe ou complexe de contrats ?

La difficulté d'aborder le problème des contrats informatiques tient, d'une part, à leur diversité et, d'autre part, à la pluralité éventuelle des partenaires à leur négociation.

Les contrats informatiques diffèrent selon le type de prestations auxquelles s'engage le fournisseur. Ainsi, ce dernier peut s'engager, entre autres :

- à des travaux d'étude et d'analyse d'un problème d'automatisation ;
- à la fourniture de matériel («hardware» ou progiciel) ;

DATA PROCESSING CONTRACTS :

*Reflections on ten years
of belgian and french
case law.*

*Difficulties in examining
data processing contracts
arise from their diversity
and the number of poten-
tial parties involved in their
negotiation.*

*These contracts differ
according to the services
provided by the supplier :*

- *Studies and analysis of
automatization problems*
- *Supply of hardware and
software*

* P. Poullet, juriste informaticien au sein d'une banque.

** Y. Poullet, chargé d'enseignement à la faculté de Droit de Namur.

Cette étude a été réalisée au Centre Informatique et Droit des Facultés Universitaires de Namur. Notre revue exprime sa gratitude au Journal des Tribunaux qui en a déjà publié une version moins extensive.

— Programming and relevant management documents

— Software adaption to individual user needs.

Although the supply of hardware and software form the data processing system, suppliers consider each distinct (un-bundling); a sale or leasing contract for the equipment and a contract of services for the software and advice. The invalidity of one or its nonperformance does not affect the other.

A 1980 decision of the Court of Appeals of Paris illustrates the dangers of this separation. A distributor leased a computer to the user and also undertook to program and service it. Because it lost the distributorship, it was unable to provide the maintenance. The user had to lease another computer and sought cancellation of the contract. Request refused by the court which held that although the distributor was liable for contractual damages and the offer of maintenance was a essential contractual consideration, it was not a resolutive condition of the contract.

— à l'exécution de travaux de programmation avec la fourniture des documents nécessaires à la bonne gestion des programmes (notes de calculs, organigrammes, etc.) ;

— à la conception et à la réalisation d'un système permettant le traitement et l'automatisation de certaines tâches de l'entreprise (paiement du personnel, gestion de stock, comptabilité, etc.), bref la mise au point de logiciel d'application.

La diversité des prestations qui peuvent être l'objet d'un contrat informatique appelle une remarque importante : certaines sont d'abord des fournitures de matériel, d'autres de service. Même si, dans la réalité économique d'une opération d'informatisation, ces prestations forment un tout indissociable, elles sont cependant souvent tenues et maintenues distinctes par la volonté des fournisseurs¹ : le contrat de vente ou de location de chose d'une part ; le contrat de conseil de location de services d'autre part, la nullité de l'un ne rejaillissant plus sur l'autre, l'exécution d'un contrat ne rendant pas obligatoire sous peine de résolution la conclusion de l'autre.

Un arrêt du 1^{er} octobre 1980 de la cour d'appel de Paris² illustre le danger de cette séparation. Une société concessionnaire passe avec un utilisateur un contrat de crédit-bail relatif à un ordinateur. Elle s'engage en outre à exécuter une programmation sur mesure et à assurer la maintenance de l'ensemble. Cette société perd la concession et dès lors est incapable d'assurer la maintenance³. L'utilisateur forcé de s'équiper avec un autre ordinateur réclame résolution du contrat. Le juge refuse la résolution. Il condamne, certes, le fournisseur à des dommages et intérêts contractuels : la proposition de maintenance ayant été un élément déterminant du contrat mais non une condition résolutoire de celui-ci.

1. C'est ce que les praticiens dénomment le système de l'«un-bundling».

2. Paris, 1^{er} oct. 1980, «Expertises» 1980, n° 25, 2 et s. et la note fouillée de M. A. Bensoussan, «Expertises» 1981, n° 26, 7 et s. (Note à l'attention du lecteur : La revue française *Expertises* ne publie pas *in extenso* les jugements. Elle assortit la Publication d'extraits, de commentaires permettant une parfaite compréhension du contexte des arrêts).

3. Le logiciel avait pu être livré, encore qu'avec retard, par une société sous-traitante.

B. — L'hétérogénéité des parties : leur inégalité

A l'hétérogénéité des prestations répond l'hétérogénéité des parties à une opération informatique. Celle-ci oppose rarement les seuls constructeur et utilisateur. A côté des constructeurs, on connaît les concessionnaires et les OEM⁴. Interviennent en outre des sociétés de services et de conseils en informatique (ou en micro-informatique). L'utilisateur peut ne pas être isolé⁵ et s'entourer d'un maître d'œuvre⁶ agissant pour le compte de l'utilisateur et coordonnant l'ensemble des contraintes techniques.

3. La jurisprudence française, nous aurons l'occasion de le souligner par la suite, a été tentée bien souvent de souligner le déséquilibre des parties, l'infériorité de l'utilisateur dans la connaissance informatique. On retrouve dans certains arrêts une volonté de protéger ce dernier à l'égard d'un consommateur. Cette analyse si elle trouve un point d'appui dans la loi française Scrivener⁷, peut, à l'heure actuelle, se révéler plus discutable. La plupart des utilisateurs ne sont plus des

4. Les «Original Equipment Manufacturers» s'appliquent à la vente de matériels destinés non à être utilisés ou revendus en l'état, mais à être incorporés dans des systèmes qui seront eux-mêmes vendus aux utilisateurs» (P. Durand-Barthez, Les contrats de vente «OEM» dans l'industrie électronique, DPCI (1980, 521).

5. Nous reviendrons sur la question de l'éventuelle obligation pour l'utilisateur de s'entourer des conseils d'un maître d'œuvre (*infra* n° 11).

6. Le maître d'œuvre que certains comparent à un architecte intervient généralement aux différents stades de l'opération informatique :

a. Première phase : Etude des besoins de l'utilisateur

- Etude préalable d'opportunité
- Détermination des objectifs
- Rédaction des dossiers de spécification fonctionnelle et technique (cahier des charges)
- Choix des solutions

b. Deuxième phase : Négociation du contrat.

c. Troisième phase : Surveillance du planning de réalisation du contrat. Participation et contrôle des opérations de «réception» technique.

7. Loi n° 78.23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs, art. 35 : «Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs» (l'article 35 permet l'intervention de la commission des clauses abusives) : par «non-professionnels», faut-il entendre les «non-professionnels» du secteur et ranger ainsi la plupart des utilisateurs du matériel informatique ?

Une décision à paraître dans la revue «Expertises» applique clairement cette assimilation. La commission française des clauses abusives pourrait dès lors s'occuper des contrats informatiques comme des contrats de consommation courante. Cf. en outre nos remarques, *infra* n° 40.

The diversity of the services corresponds to the diversity of the parties to a data processing transaction which rarely involves only the constructor and the user. On the constructor's side there are distributors, original equipment manufactures, service bureaux and computer or mini-computer advisors. The user may have a system analyst who coordinates all of the technical requirements.

As will be illustrated subsequently, French case law often views the user as being inferior in data processing knowledge and therefore in need of protection as are consumers — the french Scrivener Law embodies this protective attitude. The authors consider that users are knowledgeable and well-armed for negotiations with constructors.

néophytes et combien se montrent parfaitement armés dans la négociation avec le constructeur⁸.

II. — LA RARE JURISPRUDENCE

The barrenness of belgian case law in respect to data processing contracts is well-known. Only two decisions have been published. Even if French case law is a little less barren, only a minority of disputes in this matter end up before the courts.

The explanation is simple and explains the limits of this article. Added to the complexity of the transaction and the user's ignorance of the legal rights and remedies, there is the pronounced tendency to have recourse to arbitration because of the inconveniences of legal recourse or better yet, to solve the problems directly between the parties.

Legal recourse marks the failure of the data processing transaction and the parties' negotiations. Often, at the point where a legal action is filed, the user has already acquired another computer in order to ensure his economic survival.

4. On connaît la pauvreté de la jurisprudence belge relative aux contrats informatiques. Deux décisions ont été publiées⁹. Même si la jurisprudence française est plus étoffée¹⁰, il n'en reste pas moins vrai que peu de litiges ayant trait à des contrats informatiques débouchent sur une procédure judiciaire.

L'explication en est simple et elle permet de préciser les limites étroites de notre propos. En effet, à la complexité de l'opération informatique et à l'ignorance fréquente chez les utilisateurs de leurs droits et possibilités de défense, il faut surtout ajouter que le recours judiciaire comme technique de solution des litiges informatiques présente de nombreux inconvénients et que les parties lui préfèrent dès lors l'arbitrage, mieux encore la négociation directe¹¹.

C'est que le choix du recours judiciaire implique l'échec de l'opération informatique. Les parties estiment que le dialogue n'est plus possible¹² et s'en remettent à la prudence du juge. Bien souvent l'utilisateur a déjà acquis un autre outil informatique, outil qui représente pour son entreprise la condition même de sa survie économique.

8. La plupart des utilisateurs en sont à l'heure actuelle au renouvellement de leur matériel informatique, cf. en outre l'éventuelle obligation de se faire conseiller qui pèse sur eux, *infra* n° 11.

9. Trib. comm. Bruxelles, 2 fév. 1976, *Rev. dr. intell.*, 1976, 365 et s.; Trib. comm. Bruxelles, 18 fév. 1980, *J.C.B.*, 1980, I, 377 et s.

10. Dans son numéro 28 (mars 1981), la revue *Expertises* mentionnait la publication dans ses colonnes de 22 décisions s'échelonnant du 24 mai 1977 au 19 décembre 1980. La plupart émane de la cour d'appel de Paris qui s'est par ailleurs dotée d'une chambre spécialisée en la matière.

11. A cet égard, cf. le rapport de Maître Gevaert, Séminaire les Contrats informatiques, Namur, Centre Informatique et Droit, 1981.

12. Cette constatation explique que dans la plupart des décisions, l'utilisateur en cause est une petite ou moyenne entreprise. La grosse entreprise, de par le marché qu'elle offre au fournisseur, trouvera bien souvent des arguments à la continuation de la négociation et à la transaction.

Les limites de la jurisprudence précisées, cherchons à définir les différentes obligations consacrées par la jurisprudence à charge des parties tant pendant la période précontractuelle de négociation que pendant celle d'exécution.

Nous ne nous en tiendrons pas à la seule jurisprudence belge et française relative aux contrats informatiques. Au-delà, nous chercherons à dégager des principes généraux du droit civil les devoirs, obligations et droits de chacune des parties au contrat informatique.

TITRE I : OBLIGATIONS DES PARTIES PENDANT LA PERIODE PRECONTRACTUELLE

5. L'accord contractuel dans une opération informatique est souvent le résultat d'une lente préparation. Cette préparation prend la forme de simples pourparlers mais aussi de façon plus précise de lettres d'intentions d'offres de vente, voire d'accords provisoires, étapes à travers lesquelles se voient progressivement fixés les éléments constitutifs du contrat¹³.

S'il est vrai que les parties restent libres de contracter, elles peuvent cependant engager leurs responsabilités sur base d'un comportement fautif qui entraîne soit la non-conclusion du contrat soit sa malformation.

Nous aborderons successivement ces deux questions.

I. — LA NON-CONCLUSION DU CONTRAT

6. Elle résultera le plus souvent d'une rupture des pourparlers, plus rarement d'un retrait de l'offre, excep-

13. Nous aurons l'occasion de nous référer à de nombreuses reprises à la remarquable étude de Fontaine : « Les lettres d'intention », *DPCI*, 1977, 83 et s. La complexité de la négociation de l'opération informatique justifie sans nul doute qu'on s'inspire des enseignements doctrinaux dégagés à propos de la lettre d'intention dans les contrats internationaux.

Having stated the limits of the case law, the authors examine the different obligations of the parties imposed by the decision during negotiations and performance.

The authors will not limit their discussion to Belgian and French case law, but with develop general civil law principles in respect to the parties' rights and obligations.

The ultimate contract is often the culmination of long preparation, involving discussions, letters of intention, offers and even temporary agreements.

While it is true that the parties are free to contract, they can be held liable in tort if their faulty conduct results in the non conclusion of a contract or its distortion.

The non conclusion of a contract most often results from a breaking off discussions, less often from a withdrawal of an offer.

tionnellement de la violation d'un accord de principe. Il importe d'étudier dans quelles hypothèses une rupture des pourparlers (A) un retrait de l'offre (B) la violation d'un accord de principe (C) par l'une des parties, le plus souvent le fournisseur, entraînent la responsabilité délictuelle de ce dernier.

A. — La rupture des pourparlers

7. Le principe de liberté contractuelle n'empêche pas de mettre en jeu la responsabilité de son auteur si la rupture des négociations est fautive^{13 bis}. Ce principe est unanimement admis. La responsabilité délictuelle d'une partie peut être soulevée lors de la rupture des pourparlers si cette dernière a agi avec mauvaise foi au cours de la négociation¹⁴ : les parties ne sont-elles pas tenues en vertu de l'article 1134 du Code civil¹⁵ à une obligation générale de rectitude, de loyauté et de collaboration dans la conduite de leurs négociations ? La bonne foi doit présider non seulement à l'exécution du contrat mais aussi à sa formation¹⁶.

Cette référence à la notion de bonne foi permet de préciser les devoirs réciproques¹⁷ de chacune des par-

13 bis. «La jurisprudence belge ne reconnaît l'existence d'une faute qu'avec beaucoup de prudence» (M. Van Wijck-Alexandre : «La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, 20 ; Y. Schoentjes-Merchiers : «propositions, pourparlers et offre de vente», *RCJB*, 1971, 231; cf., en outre, leur référence à la décision du tribunal de commerce de Courtrai du 11 avril 1963, *RGAR*, 1965, 7364.

14. A cet égard, lire les deux décisions de la Cour de cassation française du 3 octobre 1972 (*Bull. civ.*, III, n° 491, 359) et du 12 avril 1976 (*Bull. civ. I*, n° 122, 98) qui repoussent l'idée que seul le dol, l'intention de nuire, peut engager la responsabilité de celui qui rompt les pourparlers. La mauvaise foi peut suffire. Dans le même sens, M. Van Wijck - Alexandre, *op. cit.*, 21.

15. Cf; à cet égard, les remarques de de Bersarques à propos des travaux préparatoires du code civil. Il semble que les rédacteurs du code civil n'aient pas entendu limiter le rôle de la bonne foi à la période d'exécution du contrat comme pourrait le faire croire le libellé même de l'article 1134 (A. de Bersarques : «L'abus de droit en matière contractuelle», *RCJB*, 1969, 496 et s.).

16. «Une nombreuse doctrine confirme cette obligation de bonne foi dès la formation du contrat». (A. de Bersarques, la lésion qualifiée et sa sanction, note sous Trib. comm. Bruxelles, 20 fév. 1970, *RCJB*, 1977, 29, n° 24 *in fine* et les références citées).

17. Cette réciprocité des devoirs de chacune des parties, réciprocité dictée par le principe de bonne foi, sera un leit-motiv de notre analyse.

ties. Pour le fournisseur, il y aura faute s'il y a création consciente ou par négligence d'une fausse apparence de nature à tromper la légitime confiance de l'autre partie. Si cette confiance existe d'autant plus que les négociations ont pu effectivement donner lieu à des accords provisoires¹⁸, elle n'autorise cependant aucune des parties à consentir des dépenses manifestement trop élevées pendant la phase de négociation. Le principe de bonne foi met à charge des parties un devoir de prudence élémentaire.

8. Appliquons ces principes à la négociation de contrats informatiques et distinguons la question de la faute et du dommage.

Commet certes une faute le fournisseur qui n'entamerait des négociations avec un utilisateur que pour éliminer des concurrents ou qui laisserait ce dernier engager des dépenses en vue de la conclusion d'un contrat que les discussions permettraient d'envisager¹⁹. Sera par contre justifiée la rupture d'un contrat au bénéfice d'un autre plus avantageux financièrement.

Y-a-t-il pour autant dommage ? A cet égard, on doit signaler que :

— les frais (devis, projets, déplacements, etc.) exposés par les parties le sont à leurs risques et périls. Ils devaient être prévus et englobés dans les frais généraux²⁰ ;

— l'utilisateur ne peut se prévaloir de la perte d'une chance de conclure avec d'autres fournisseurs, sauf s'il peut prouver qu'il bénéficiait ailleurs d'une offre ferme dont il a été détourné par la publicité prometteuse du fournisseur, auteur de la rupture ;

18. Nous reviendrons sur ce problème des accords provisoires (*infra* n° 8), accords qui peuvent entraîner la responsabilité contractuelle des parties.

19. Cf., en d'autres matières, pour des exemples semblables, J. Schmidt, «La faute précontractuelle», *RTDC*, 1974, 53 et s.; M. Van Wijck - M. Alexandre, «La réparation du dommage dans la négociation et la formation des contrats», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, 17 et s.

20. Notons que lorsque des études préalables coûteuses sont nécessaires, les parties prévoient le remboursement des frais afférents à cette étude si le contrat n'aboutit pas (à cet égard, cf. les lettres d'intention étudiées par Fontaine, *op. cit.*, *DPCI*, 1977, 97 et s., n° 21 et s.).

If a party acts in bad faith during negotiations, it is unanimously admitted that the party may be held liable in tort. Article 1134 of the Civil Code imposes an obligation of good faith.

This good faith obligation condemns any conscious or negligent creation of a false appearance which deceives or misleads the other party's reasonable reliance. Nevertheless each party has the duty to be prudent when negotiating.

Applying these principles to the questions of fault and damages...

A supplier who enters negotiations with a user to eliminate competition or leads the user to incur expenses in respect to a contract which is envisaged, commits a fault whereas stopping negotiations because another contract is financially more attractive is permissible. Concerning damages...

— Expenses are incurred at each party's risks and perils.

— A user cannot allege an opportunity loss with other suppliers unless he can prove that the supplier, who breached the contract, made him a firm offer.

— The user cannot even allege the impossibility to perform a contract with a third party : the user should have stipulated a suspensive condition in his third party contract.

— Finally the user cannot seek damages for future profits.

Does a supplier who tenders but withdraws his offer before the user accepts commit a fault ?

Under Belgian law, the offer remains valid for a fixed delay or reasonable delay under the circumstances and usages as determined by the court. But what legally constitutes an offer ?

According to the Belgian Cour de Cassation, an offer must include the essential contractual elements, eg, price and subject matter so that if accepted, the contract is formed. Offers for hardware generally meet these conditions but offers for the conception of software often contain insufficiently clear subject-matter.

— l'utilisateur ne pourra de même se prévaloir de dommages résultant de l'impossibilité d'exécuter un contrat conclu avec un tiers²¹. L'utilisateur ne devrait-il pas se prémunir du risque de rupture en assortissant le contrat avec le tiers d'une condition suspensive ? Il a agi avec légèreté ;

— enfin, il ne pourra exciper de la perte de bénéfices escomptés du futur contrat. Comment en effet fixer la teneur d'un contrat que les parties pouvaient encore rompre pour de justes motifs^{21 bis}.

B. — Le retrait de l'offre

9. Un fournisseur répond à l'appel d'offres d'un utilisateur potentiel²². Commet-il une faute s'il entend retirer son « offre » avant même l'acceptation de son partenaire ?

Certes, en droit belge²³, on admet unanimement que l'offrant doit maintenir son offre pendant le délai fixé sinon pendant un délai raisonnable qui dépend de la nature de l'affaire traitée (montant, complexité), des habitudes et circonstances etc. selon la libre appréciation du juge. Mais la question est de savoir quand il y a offre aux yeux du droit.

L'offre suppose, nous dit la Cour de cassation belge²⁴, l'émission définitive d'une des volontés en présence, volonté qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé. « Cela ne veut pas

21. Exemple : l'utilisateur avait fait appel à une société de services pour effectuer certaines des opérations de contrôle qui auraient été nécessaires lors de la mise en service de l'outil informatique.

21 bis. Sur ces différents points, le lecteur se référera aux développements de Schoentjes-Merchiers (art. cité, *RCJB*, 1971, 225 et s.) et de Van Wijck - Alexandre (art. cité, *Anne. Fac. dr. Liège*, 1980, 22 et s.).

22. Celui-ci aura peut-être même rédigé un cahier des charges. A ce propos, il faudrait tenir compte des spécificités des « cahiers des charges » et des procédures de soumission et d'appel d'offres propres aux marchés publics.

23. Cf. les nombreuses références reprises par Van Wijck-Alexandre, op. cit. 40.

24. Cass. 23 sept. 1969, Pas. 1970, I, 73; *RCJB* 1971, 224 et s. note Y. Schoentjes-Merchiers; Comm. Brux. 3 nov. 1975, *JCB*, 1976, I, 514.

dire qu'elle doive nécessairement se présenter sous la forme d'un projet complet de contrat. Il suffit, mais il est indispensable, qu'elle fixe les éléments essentiels du contrat proposé²⁵. Ainsi, il faut pour un contrat de fournitures, que les éléments prix²⁶ et objet soient fixés. On peut dès lors penser que certaines offres en matière de vente (ou location) de matériel « Hardware » ou de logiciels peuvent être des offres réelles. Par contre, pour des offres de contrats relatifs à la conception de logiciels, on peut se demander si l'élément « objet » est suffisamment précisé²⁷.

10. Ce préalable noté, quels dommages pourront être imputés à celui qui retire factivement²⁸ son offre ? On ne pourra, nous semble-t-il, ne prendre en considération que les frais raisonnablement exposés par l'utilisateur pour l'étude de la proposition du fournisseur. Par contre, il est difficile d'allouer à l'utilisateur des dommages et intérêts représentant la perte du bénéfice que le contrat lui aurait rapporté, sauf à ce dernier à prouver qu'il aurait accepté l'offre. Dans cette hypothèse, il ne peut de toute façon avoir droit qu'à la différence d'avantages entre ce contrat et d'éventuels contrats ailleurs²⁹.

C. — Les accords préliminaires

11. La négociation d'un contrat informatique est généralement jalonnée d'accords dont les contenus sont variés. Ils s'expriment tantôt par des lettres d'intention ou accords de principe révélant le souhait des parties de parvenir à l'accord final, tantôt par de véritables contrats autonomes (accords-cadres, promesses de contrat) qui fixent les éléments essentiels du contrat et

If an offer is unilaterally withdrawal, the offered may be entitled to damages for expenses reasonably incurred to study the offer but not for loss of profits unless the offered proved that he accepted the offer.

Data processing negotiations often involve preliminary agreements, eg, letters of intention, heads of agreement or even true contracts, eg, blanket agreements or contractual promises which establish the essential contractual elements.

25. J. Ghestin, op. cit., n° 202.

26. En France, Cass. 27 juin 1973, *Bull. civ.*, III, n° 446, 324; Cass. 12 janv. 1978, G.P., 4 mai 1978, *Pan. Jur.*

27. En particulier, lorsque les spécifications du logiciel sont purement fonctionnelles. Sur la distinction entre spécification « fonctionnelle » et « technique » et son importance, *infra* n° 33.

28. Certes, on connaît la thèse minoritaire défendue par certains auteurs de l'engagement par volonté unilatérale et selon laquelle tout retrait même non fautif doit être sanctionné. Pour une critique de cette théorie appliquée à l'offre, la démonstration brillante de M. Coipel, « La théorie de l'engagement par volonté unilatérale », note sous Cass. 18 déc. 1974, *RCJB* 1980, 61.

29. Sur tout cela, Van Wijck-Alexandre, op. cit., 41 et s.

vis-à-vis desquels le contrat définitif se présentera comme l'achèvement.

Breach of such blanket contracts entails contractual liability. It is more difficult to assert the same for letters of intention which often only indicate a willingness to negotiate and not a true contractual undertaking.

Nevertheless, according to Fontaine, these letters of intention do create a contractual obligation to continue negotiations in good faith, ie, they prohibit a supplier from making manifestly unacceptable proposals.

S'il est bien évident que ces accords-cadres dans la mesure où ils fixent les éléments essentiels du contrat³⁰, entraînent la responsabilité contractuelle de celui qui les rompt fautivement³¹, la portée d'accords relatifs à la construction progressive du contrat est plus difficile à circonscrire. Certaines «lettres d'intention» ne marquent qu'une intention ou un souhait de négocier³². Elles n'entraînent aucun engagement contractuel. «Leur existence peut cependant rendre plus facile l'établissement d'une «*culpa in contrahendo*.. dans la rupture des négociations³³».

D'autres sont plus précises³⁴. Si elles ne peuvent signifier l'engagement d'exécuter ses clauses, elles créent cependant, selon Fontaine³⁵, «une obligation contractuelle de poursuivre la négociation de bonne foi, mettant tout en œuvre pour la faire aboutir». Ainsi de telles «lettres» interdiraient au fournisseur des propositions manifestement inacceptables et l'obligeraient à informer complètement l'utilisateur.

30. Un défaut d'accord sur un élément accessoire n'empêche pas le contrat d'être conclu (Van Wijck-Alexandre, op. cit., *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, 35 et s. et les références reprises notes 70 et 71); comp. à propos de l'offre, *supra* n° 7.

31. A notre avis, il y aura aussi responsabilité contractuelle s'il y a violation d'accords ayant un contenu précis distinct de celui de l'opération à conclure; ainsi, les pactes de non négociation parallèle, les pactes de secret... Sur ces différentes «lettres d'intention», les exemples et réflexions de Fontaine, op. cit., *DPCI*, 1977, 94 et s. (en particulier, p. 107).

32. Enoncé : la firme A écrit à la firme B : «Après examen des documents que vous nous avez communiqués et suite aux différents entretiens que vous avez eus avec notre ingénieur des télécommunications..., nous vous informons de notre intention de vous passer éventuellement commande d'un commutateur téléphonique de type... Pour la bonne règle, nous tenons à stipuler que la présente ne constitue en aucune façon une commande». (M. Fontaine, op. cit., *DPCI*, 85).

33. M. Van Wijck-Alexandre, op. cit., *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, 38.

34. Ainsi, celles où l'utilisateur marque son accord à l'étude de l'organisation de son entreprise faite par le fournisseur en vue de la livraison de deux logiciels d'application (cf. à cet égard les cas n° 9 et 10 cités par M. Fontaine, op. cit., *DPCI*, 1977, 85 et 87).

35. M. Fontaine, op. cit., 108; cf. aussi J. Ghestin, op. cit., n° 241 et les réflexions de Van Wijck-Alexandre (op. cit. *Ann. Fac. dr. Liège*, 39) sur les limites des dommages et intérêts dus dans une telle hypothèse: indemnité pour le coût de négociation, perte de chances auprès de tiers, bénéfices d'opérations conclues avec des tiers, mais non perte du profit escompté du contrat conclu (comp. *supra* n° 6).

II. — LA MALFORMATION DU CONTRAT

12. Certains comportements des parties, certaines erreurs de conduite, commis pendant la période des pourparlers, n'aboutissent pas à la rupture des pourparlers ni, de façon plus générale, à la non-conclusion du contrat. Bien au contraire, les conséquences de ces erreurs ne se manifestent qu'après la conclusion du contrat : les parties ou l'une des parties, de par ces comportements, ont mal déterminé les prestations informatiques, objet du contrat.

La jurisprudence française a mis en évidence les devoirs et obligations que se doivent mutuellement les parties engagées dans la négociation d'une opération informatique. Elle les a déduits de l'obligation générale de bonne foi et de prudence déjà évoquée à propos de la non-conclusion du contrat³⁶.

En bref, la jurisprudence française met à charge :

- des deux parties, une obligation d'information ou de renseignement
- du seul fournisseur, une obligation de conseil.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 avril 1979³⁷ traduit remarquablement cet équilibre des devoirs mis à charge des deux parties :

«Il appartenait à l'utilisateur, qui ne pouvait ignorer les difficultés inhérentes à l'adoption de procédés informatiques, de définir ses besoins et les objectifs à atteindre en précisant clairement la nature et l'importance des travaux qu'il souhaitait voir mécaniser, au besoin en ayant recours à un conseil spécialisé qui aurait su traduire dans un langage approprié les opérations à traiter; qu'il lui revenait de prévoir un personnel suffisant et de faire assurer la formation de ce personnel, le cas échéant, par des stages professionnels appropriés».

36. *Supra* n° 7.

37. Paris, 3 avril 1979, *Expertises*, 1979, n° 10 1 et 2 (et les commentaires de H. Gevaert, De l'obligation du vendeur d'informer son client, *Expertises*, 1979, n° 12, 3 et s.).

Certain behavior of the parties, certain errors committed during the negotiations do not result if breaking off negotiations and in fact only become manifest after the contract is concluded, eg, the parties or party's failure to understand what data processing services are to be rendered.

Based on the general obligations of good faith and prudence, French case law has imposed mutual duties and obligations on the parties negotiating a data processing operation :

— Each party has a duty to inform the other party

— The supplier has a duty to provide advice.

A 1979 decision of the Court of Appeals of Paris clearly illustrates the parties' equal and reciprocal duties.

The Court found that the user was under the duty to clearly define his needs, the objectives he wanted to achieve through data processing, if necessary with the aid of an expert who could translate these into an appropriate language, to foresee the personnel required and to provide the personnel with appropriate training.

The constructor, especially in the absence of the user's expert, had the duty to aid the user state his needs, interpret them, provide an in-depth study indicating the applications and the appropriate equipment and processing methods and enjoin the user to have sufficient personnel to maintain the former and new computerized accounting systems.

Examining each obligation in more detail.

The user must :

Clearly define his problem. The Paris Appeals Court noted that already in 1971, the Court had already held that the supplier does not have the duty to substitute itself for the user's role of deciding and organizing.

The 1980 decision of Brun V. Olivetti illustrates the consequences of this obligation. As a result of an inaccurate calculation of the accounting data to be treated, Brun had to use the equipment 14 hours a day rather than the 9 initially foreseen. Although the initial specifications were prepared by the supplier, the user and his advisors accepted them.

The Court of Appeals decided that the user had the duty to expressly stipulate the characteristics of the desired installation and

« Il appartenait pour sa part au constructeur, surtout en l'absence de tout conseil spécialisé, d'aider le client à exprimer ses besoins, de les interpréter et de procéder à une étude approfondie qui lui aurait permis, compte tenu de la clientèle manifestement importante de l'utilisateur, de recenser les « applications » et de proposer le matériel et les méthodes de traitement adaptés ; qu'il revenait également, sinon d'imposer, du moins de conseiller à l'utilisateur de s'adjoindre les services d'un personnel plus important de façon à assurer tout d'abord le maintien de l'ancienne gestion comptable et le transfert des activités sur les procédés informatiques ».

Décrivons et explicitons chacune de ces obligations.

A. — L'obligation d'information et de renseignement à charge des deux parties

1. L'utilisateur

13. L'utilisateur a pour tâche principale de bien définir son problème. La cour d'appel de Paris dans une décision rappelée du 3 avril 1979 exprime clairement ce principe : « Il n'appartient pas au fournisseur, notait déjà en 1971 le tribunal de commerce de Paris³⁸, de substituer à la direction de l'utilisateur dans son rôle de commandement et d'organisation ».

L'affaire récente Brun contre Olivetti³⁹ illustre les conséquences de cette obligation. Il s'agissait en l'occurrence de la modernisation d'une gestion de comptabilité. Suite à une mauvaise estimation des volumes à traiter, la société Brun était obligée d'utiliser le matériel fourni 14 heures par jour au lieu des 9 heures prévues. L'avant-projet de cahier des charges avait été élaboré par le fournisseur mais accepté par l'utilisateur aidé d'une société de conseil.

38. Trib. comm. Paris, 19 avril 1971 (*Flammarion c. IBM*), G.P. 1971, 401.

39. Paris 24 sept. 1980, *Expertises*, n° 24, 2 et s.

La cour d'appel a estimé que l'utilisateur avait l'obligation de formuler en termes explicites les caractéristiques de l'installation souhaitée et dès lors qu'elle aurait dû apporter au cahier des charges les modifications utiles au respect des performances envisagées.

14. Peut-on déduire de cette obligation faite à l'utilisateur de définir son problème, l'obligation pour lui de dresser un cahier des charges ou du moins de se faire assister par un expert (société de conseil)⁴⁰ ?

La jurisprudence française semble avoir été plus nuancée.

Il n'existe pas d'obligation pour l'utilisateur de rédiger un cahier des charges⁴¹. L'utilisateur, selon la cour d'appel de Paris⁴², ne pourra cependant s'en prendre qu'à lui-même de ne pas en avoir exigé la rédaction⁴³. Il a en outre le devoir d'évaluer les propositions figurant dans le cahier des charges éventuellement proposé par le fournisseur⁴⁴.

Si l'utilisateur établit un cahier des charges, il a le devoir de procéder à une bonne évaluation de ses besoins. Le fournisseur ne peut être tenu responsable d'une mauvaise analyse faite par l'utilisateur⁴⁵.

40. La décision *Flammarion c. IBM* du tribunal de commerce de Paris le pensait ; il appartient au client d'établir un cahier des charges définissant les caractéristiques du matériel. Ce n'est pas au constructeur de le faire. Si le client n'est pas capable, il a au moins l'obligation de recourir à un cabinet de conseils (*Megret et Daudier de Cassini*, note sous Trib. comm. Paris, 19 avril 1971, G.P., 1971, II, 405).

41. De façon très nette, I. de Lamberterie : « La responsabilité contractuelle du fournisseur de prestation informatique », Séminaire de droit commercial, Colloque de Deauville, mai 1979.

42. Paris 3 déc. 1976, J.C.P., 1977, II, 18579, note Boitard et Dubarry ; cf. aussi Paris 20 avril 1976, *Satia c. Groupe Pontet Guyot*, arrêt inédit.

43. Sauf dans le cas de vente « clé en main » (*infra* n° 24). A cet égard, J. Megret, note sous Paris 12 juillet 1972, G.P., 1972, II, 804.

44. De façon très nette, la condamnation par la cour de Paris d'un utilisateur qui refusait d'étudier le dossier technique élaboré par son fournisseur (Paris 24 mai 1977, *Promill c. Singer*, *Expertises*, 1978, n° 3, 7).

45. Paris 10 avril 1976, *Cojusfrance c. IBM*, inédit cité par de Lamberterie, op. cit.. « C'est à l'utilisateur, de manière juste, dans les limites de son organisation et de ses problèmes spécifiques, de déterminer tous les éléments qui jouent un rôle pour rendre possible l'utilisation d'un ordinateur » (Paris 24 mai 1977, *Promill c. Singer*, *Expertises* 1980, n° 3, 7 et s.).

should have modified the specifications accordingly.

Does this obligation to define the problem require the user to draw up the specifications or at least be advised by his experts ?

French case law is not that clear cut.

The user does not have the obligation to draft the specification. The Court held simply that the user only has himself to blame if he did not make the necessary modifications.

If the user draws up the specifications, the supplier cannot be held responsible for the user's inadequate analysis.

Likewise, the court did not oblige the user to have recourse to an expert. Other decisions indicate, however, that at least in respect to software application programs, the user must be advised.

At least, the user must inform himself to the extent possible.

En ce qui concerne le devoir de recourir à un expert, la décision citée de la cour d'appel de Paris du 3 avril 1979⁴⁶ n'en fait pas une obligation. Il semble cependant que la jurisprudence se montre plus hésitante à propos de certains contrats relatifs à des logiciels d'application où elle semble tirer de l'obligation pour l'utilisateur de définir ce qu'il veut, la nécessité de se faire conseiller⁴⁷.

En toute hypothèse, l'utilisateur doit s'informer dans la mesure de ses possibilités⁴⁸.

2. Le fournisseur

The supplier has a duty to...

Obtain information about the user if data furnished by the user seems incomplete or contradictory even where the user has recourse to an expert, and...

15. Le fournisseur est tenu d'une double obligation d'information. Il est à la fois tenu d'informer l'utilisateur et de s'informer auprès de lui. Cette distinction est importante et nous étudierons successivement ces deux obligations.

Le fournisseur devra prendre des renseignements (obligation de s'informer) si les données fournies par l'utilisateur lui apparaissent incomplètes ou contradictoires. La rédaction par ce dernier du cahier des charges et même l'appel à un conseil ne suppriment pas totalement la responsabilité du fournisseur⁴⁹.

46. «Il appartient pour sa part au constructeur, surtout en l'absence de tout conseil spécialisé...» Sur la responsabilité d'une société de conseil ayant mal conseillé son client, Paris, 7 fév. 1980, *Prévost c. Scofi, Expertises*, 1981, n° 27, 2 et s.

47. Sans pour autant exonérer le fournisseur de toute responsabilité (Paris 15 mai 1975, *Soripa c. Lagarax, JCP*, 1976, II, 18265; cf. aussi implicitement Paris 24 mai 1977, *Promill c. Singer*, déjà cité où la cour refuse l'argument selon lequel on ne pouvait reprocher à l'utilisateur de ne pas disposer d'un personnel qualifié en informatique...).

48. Paris 1^{er} juill. 1980, *Mintiss c. IBM, Expertises*, 1980, n° 20, 6 et s. La cour d'appel reproche à l'utilisateur de ne s'être même pas informé auprès de sa filiale qui disposait d'un matériel semblable de même marque. Cf. aussi Paris 3 déc. 1976, *JCP*, 1977, II, 18579, note Boitard et Dubarry où la cour reproche à l'utilisateur de ne pas s'être informé des désavantages inhérents à l'utilisateur du matériel. Comp. de façon générale : «Ceci n'exclut pas pour les parties le devoir de chercher à se renseigner elles-mêmes et de veiller à la protection de leurs intérêts.» (Van Wijk-Alexandre, op. cit., 55; J.L. Fagnart, *La responsabilité civile*, chron. de jurispr., J.T., 1976, 572).

49. Y. de Lamberterie, op. cit., Colloque de Deauville, 1979. Comp. J. Ghestin, op. cit., n° 492 : «L'obligation d'informer peut comporter, spécialement lorsqu'il s'agit d'un professionnel traitant avec un profane, l'obligation de se renseigner afin de pouvoir fournir les informations dues.» Cf. en outre Cass. comm. 19 juill. 1966, *Bull. civ.*, 1966, n° 369.

Le fournisseur doit informer : de manière générale, le défaut de communication de renseignements⁵⁰ par le fournisseur est sanctionné par la jurisprudence, soit qu'il agisse intentionnellement pour amener l'utilisateur à conclure, soit qu'il agisse avec imprudence ou négligence. Cette responsabilité précontractuelle est parfois mise en œuvre en dehors de toute référence à un vice de consentement⁵¹. La faute précontractuelle est alors sanctionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle⁵². Ghestin⁵³ résume comme suit le contenu de l'obligation précontractuelle de renseignements : «Celle des parties qui connaissait ou devait connaître, en raison spéciale-ment de sa qualification professionnelle⁵⁴, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant où celui-ci était dans l'impossibilité de se renseigner lui-

50. «Cette obligation pose la question de savoir si, avant la formation du contrat, l'une des parties est tenue de fournir à l'autre certaines informations, c'est-à-dire de lui faire connaître certains faits susceptibles d'influencer sa décision. Elle se distingue en cela de l'obligation de conseil dont l'objet est plus large, puisque le débiteur ne se borne plus à énoncer des faits. Il doit au moins partiellement faire apparaître à l'autre partie leurs conséquences quant à l'opportunité de conclure le contrat envisagé sur le plan technique ou pécuniaire» (J. Ghestin, op. cit., n° 458).

51. Lucas de Leyssac : l'obligation de renseignements dans les contrats, in «L'information en droit privé», LGDJ, 1978, n° 26 et s., p. 319 et s., pour l'analyse de la jurisprudence, Y. Boyer. «L'obligation de renseignements dans la formation du contrat», Thèse, Aix. 1978, n° 300 et s., Cf. à ce sujet Paris 26 juin 1980 *Savie c. Logarax, Expertises*, n° 20, où le fournisseur fut condamné pour dol par réticence. Il avait dissimulé les contraintes de l'appareil fourni (infra n° 57).

La doctrine belge n'a pas encore pleinement dégagé l'obligation de renseignements de la théorie des vices du consentement. Elle préfère sanctionner le défaut de renseignements par la théorie de l'erreur ou du dol lorsqu'il y a «réticence circonstanciée» (à ce propos la note de Masson, sous Cass. 8 juin 1978, *RCJB*, 1979, 539 et de Coipel, sous Trib. Trav. 4 sept. 1978, *R.R.D.*, 1979, 767); cette manière de faire privilégie le fournisseur, l'utilisateur devra établir les manœuvres frauduleuses. Nos remarques sur le devoir de renseignements ne valent dans l'état actuel de notre jurisprudence que pour le droit français. Cf. cependant W. Wilms, *Het recht op informatie in het verbintenissenrecht, een grondslagenonderzoek*, R.W., 1980-81, col. 489-520; M. Fallon, note sous Cass. 28 fév. 1980, *J.T.*, 1981, 240 et s. et surtout l'arrêt de la cour d'appel de Mons 18 avril 1978, *Pas.* 1978, II, 71. «L'obligation d'informer appartient ainsi à la théorie générale des obligations» (Fallon, op. cit., 243).

52. Y. Boyer, op. cit., n° 310, J. Ghestin, op. cit., n° 395.

53. J. Ghestin, op. cit., n° 508; en Belgique, de façon plus prudente, J.P. Masson : «les fourberies silencieuses», note sous Cass. 8 juin 1978, *RCJB*, 1979, 525 et s.

54. Une nouvelle fois, il est fait état de l'inégalité des parties. A cet égard, cf. nos réflexions (*supra* n° 3) sur les limites qu'il faudrait donner à cette affirmation de l'inégalité des parties. A la limite, l'obligation de renseignements n'existe plus lorsque le fournisseur traite avec un utilisateur ayant une grande connaissance des systèmes informatiques.

If the supplier intentionally or negligently fails to inform the user during negotiations, he is liable for tort damages. As Ghestin summarized the obligation, because of the supplier's professional competence, the supplier must inform the user where the user cannot reasonably inform himself or where the user reasonably relies on the supplier.

The supplier's duty is limited by the user's duty inform himself. As the Avennes Court held, the supplier's good faith consists in providing basic information which the user does not know or cannot verify.

The supplier must inform the user of the content of the contract, including :

- Possible equipment uses
- Installation requirements (eg, electrical current)
- Profitability of a system, (eg, purchase cost, maintenance cost, equipment output).

In a 1980 case, a supplier was held liable for not having called the user's attention to a new memory unit in its description of the memory capacity.

Moreover, advertising must not be misleading or imprudent or incomplete.

même, ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son contractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties ou des informations inexactes que ce dernier lui avait fournies. » L'obligation de renseigner à charge du fournisseur trouve ses limites dans l'obligation de se renseigner à charge de l'utilisateur⁵⁵ : « La bonne foi du vendeur, déclare le tribunal de grande instance d'Avennes^{55 bis}, consiste à fournir à l'autre partie les éléments d'appréciation dont dépend le consentement mais qu'elle n'est pas en mesure de connaître ou de vérifier elle-même. »

16. Le fournisseur se doit donc de renseigner l'utilisateur sur le contenu du contrat⁵⁶. Sont ainsi compris dans les renseignements à fournir par le fournisseur :

- les usages possibles du matériel ;
- les caractéristiques de l'installation (courant, climatisation...) ;
- les éléments qui permettent au client de procéder au calcul de rentabilité du système fourni : coût d'achat, coût d'entretien, rendement de la machine, etc.⁵⁷.

Ainsi, il a été reproché au fournisseur de n'avoir pas, dans la définition de la capacité de la mémoire, attiré l'attention du client sur la nouvelle unité de mémoire utilisée, le kilocaractère n'équivalant pas au kilo-octet⁵⁸.

En outre, la publicité doit être réaliste et non trompeuse⁵⁹. Des « affirmations imprudentes, incom-

55. A cet égard, la décision exemplaire du trib. gr. inst. de Fontainebleau, 9 déc. 1970, D.S., 1972, 89 (à propos de la vente d'un immeuble).

55 bis. Trib. gr. inst. Avennes 5 fév. 1964, G.P. 1964, I, 421.

56. Lucas de Leyssac (op. cit., 332) distingue en effet l'obligation d'information sur le contenu du contrat de l'obligation d'information sur l'opportunité de celui-ci, obligation qui constitue le devoir de conseil et de mise en garde (*infra* n° 17).

57. Il s'agit bien de renseignements sur les éléments du calcul de rentabilité. En aucune façon, le fournisseur n'a à se substituer au client dans le calcul de rentabilité (cf. *infra* n° 14).

58. Paris 4 mars 1980, Logabax c. Paudis, *Expertises*, 1980, n° 178 et s.

59. En général, la publicité se fait en termes fonctionnels c'est-à-dire de solution aux problèmes de l'entreprise, alors que le contrat reprendra que des questions techniques (sur ce grave problème et ses conséquences sur l'obligation de conformité, *infra* n° 33).

plètes, constitutives de fautes» incluses dans les propositions préalables à la négociation ont été reprochées au fournisseur⁶⁰.

B. — L'obligation de conseil et de mise en garde à charge du fournisseur

17. Dans le cadre de l'obligation de conseil, l'obligation de renseignements du contractant, jusque-là limitée aux renseignements sur le contenu du contrat, prend une dimension nouvelle et devient l'obligation de renseigner sur l'opportunité du contrat... Il ne doit pas simplement des renseignements, à l'état brut ; il doit les interpréter et communiquer ses conclusions à son contractant.

Le renseignement est traité, situé et comme a pu écrire un auteur, son expression dans le devoir de conseil prendra le plus souvent la forme d'une « mise en garde »⁶¹. Ainsi, la doctrine française⁶² a progressivement dégagé une obligation de conseil et de mise en garde à charge du contractant face au profane⁶³.

18. La jurisprudence des contrats informatiques a appliqué cet enseignement à de nombreuses reprises.

60. Trib. comm. Paris 19 avril 1971, Flammarion c. IBM, G.P., 1971, 401 (l'argument n'est pas repris en appel) : « En affirmant sans nuance que l'équipement informatique apportait aux problèmes examinés une solution efficace, rapide et sûre, le loueur s'est comporté avec légèreté » ; Paris 1^{er} déc. 1972, J. Desmartin ; Jurisprudence et Informatique, Sligos Interface ; cf. enfin la cour d'appel de Paris qui, le 21 mars 1979 (CERCI c. CPS ; *Expertises*, 1979, n° 15, 5) retient pour condamner le fournisseur qu'il est possible que la société MBI, pour obtenir la commande, ait présenté sous un aspect trop optimiste les avantages que l'utilisateur pourrait retirer de la méthode informatique ».

61. Lucas de Leyssac, op. cit., 334.

62. L'obligation de conseil n'a encore été l'objet d'aucune reconnaissance explicite en droit belge. Nos remarques à propos du devoir de conseil du fournisseur en matière informatique ne valent donc pas a priori pour le droit belge. A noter cependant l'attendu du Tribunal de commerce de Bruxelles du 2 février 1976, Eco c. Ucc, Rev. dr. intell., 1976, 365 et s. : « Même si Eco a voulu satisfaire à un goût de parade en adoptant un système disproportionné à son chiffre d'affaires, il était du devoir du fournisseur de par sa fonction de la conseiller au mieux ».

63. « La reconnaissance d'un devoir de conseil procède de l'inégalité d'information » (M. Ivainier, « De l'ordre technique à l'ordre public technologique », J.C.P., 1972, I, 2945, n° 32). A cet égard, nos réflexions, *supra* n° 3.

The supplier is not only obliged to provide general information ; the supplier must interpret and communicate his conclusions to the user...

and his duty of advice includes, where appropriate, warning the user of any difficulties involved.

French case law has often invoked this duty.

The famous 1975 Paris Court of Appeals decision held that a supplier of data processing material has a duty to advise and this duty is more strict where the client is ill-advised.

The above cited 1979 decision evidences that the supplier not only must aid the user articulate his needs, but also the supplier must interpret these needs, if necessary prepare an in depth study, and where appropriate, recommend that the user obtain qualified personnel.

This decision limits the supplier's duty where the user has recourse to the advice of experts because the user is then capable of obtaining the information and also where the user's duty of information starts.

The authors examine the French courts' application of these principles in two cases.

On connaît l'attendu célèbre de la cour d'appel de Paris du 15 mai 1975⁶⁴ : « Un devoir de conseil incombe à tout fournisseur de matériel informatique, ce devoir est d'autant plus rigoureux que ses clients sont mal informés en la matière ».

La décision du 3 avril 1979, déjà citée⁶⁵, décrit les conséquences de ce devoir de conseil. Le fournisseur doit aider le client à exprimer ses besoins ;

— interpréter ces dits besoins et procéder à une étude plus approfondie si nécessaire⁶⁶ ;

— conseiller éventuellement au client de s'adjoindre du personnel qualifié.

De telles obligations de conseil n'existent bien évidemment, ajoute la décision, que dans la mesure où l'utilisateur ne s'est pas adjoint les conseils d'une société spécialisée. Si tel était le cas, la responsabilité du fournisseur serait sensiblement atténuée⁶⁷. L'obligation de conseil, en effet, se justifie par le déséquilibre existant entre un utilisateur ignorant et un fournisseur spécialiste. Notons en outre que le devoir de conseil du fournisseur s'arrête là où commence l'obligation d'information de l'utilisateur⁶⁸.

La Cour de cassation française, le 17/3/1981^{68 bis}, va plus loin encore. Une petite société désire s'informer. Il s'agissait pour elle de résoudre des problèmes de facturation et de gestion de stock. Un premier matériel fut vendu. Celui-ci inadéquat fut remplacé. La seconde solution était tout aussi inadaptée. Nonobstant les propositions du fournisseur pour un troisième matériel, nonobstant son offre de rembourser le software, l'utili-

64. Paris 15 mai 1975, Soripa c. Logabax, JCP, 1976, II, 18265.
65. *Supra* n° 9.

66. A cet égard, les réflexions de Bensoussan : « L'obligation de conseil des S.S.C.I. », *Expertises*, 1981, n° 28, 4 et sa référence à l'arrêt de la Cour de cassation française du 15 novembre 1977 (J.C.P., 1978, II, 422) à propos d'un vendeur de produits isolants.

67. Mais non éteinte (Boitard-Dubarry, note sous Paris 15 mai 1979, J.C.D., 1976, II, 18265).

68. Sur cet équilibre et l'obligation de vérification à charge du créancier de l'obligation de renseignements, Lucas de Leyssac, op. cit. 323.

68 bis. Cass. 17 mars 1981, Pergay c. Litton Business Systems, *Expertises*, 1981, n° 34, 3.

sateur réclame des dommages et intérêts sur base d'une faute précontractuelle, sans demander par ailleurs l'annulation de la vente pour non conformité. La Cour les lui accorda au motif que le fournisseur « avait failli à ses obligations en ne procédant pas à une étude sérieuse et préalable à la mise en place du matériel... ». Bensoussan^{68 ter} interprète cet attendu comme la consécration de l'obligation (gratuite ?) pour le fournisseur de procéder à la rédaction d'un cahier des charges lorsque l'utilisateur se limite à définir ses besoins sans préciser le cahier des charges y correspondant.

19. Ceci noté, étudions les applications de ces principes faites par la jurisprudence française.

L'affaire Soripa — Logabax, jugée par la cour d'appel de Paris le 15 mai 1975, consacre expressément le devoir de conseil du fournisseur et juge que commet une faute professionnelle le fournisseur qui propose un équipement trop puissant et inutilement coûteux comme celui qui offre un équipement insuffisant⁶⁹.

La société Soripa avait acheté à Logabax 4 facturières. A la suite des réclamations de Soripa, Logabax reprend les machines à condition de pouvoir livrer 2 petites configurations. Soripa passe commande sous réserve de ce que la première machine assure le service attendu. A l'expérience, il se révèle que pour le même volume de travail, la configuration revenait trois fois plus cher qu'une machine d'une autre marque : Soripa demande la résolution de la vente et le paiement de dommages et intérêts.

Du rapport d'expertise, il ressort que la machine est techniquement apte à réaliser la prestation demandée mais est trop importante pour le travail classique de facturation ; qu'elle permet en outre d'autres opérations nécessaires à la gestion de l'entreprise et qu'il est vrai que son amortissement aurait impliqué qu'elle soit davantage utilisée. Peut-on reprocher au fournisseur (Logabax) d'avoir fourni, un appareil trop coûteux pour

68 ter. Bensoussan A., note sous l'arrêt cité, *Expertises*, 1981, n° 35, 10 et s.

69. La même conclusion peut être tirée de la décision belge citée *supra* note 62.

The 1975 decision of the Paris Court of Appeals, Soripa v. Logabax the supplier was held to have committed a fault in proposing too powerful and costly equipment to a user.

The facts were that Soripa purchased from Logabax four invoicing machines. Following claims by Soripa, Logabax took back the machines on condition that Soripa would take two smaller ones. Soripa agreed but stipulated that the first machine had to assure the programmed work. Experience showed that this machine was three times more costly than another make of machine. Soripa demanded cancellation of the sale and damages.

The experts' report found that while the machine could do the work required, it was too powerful for traditional invoicing work but that it could do other work required for the management of the business. The supplier was not obliged to

become involved in the client's profitability calculation, especially since Logabax had furnished the client with information which the client could have used to make the necessary calculations Soripa's petition was denied.

In a 1980 decision the same Court held that a supplier had met his duty even though he had not advise his client to contact the post office for additional telephone lines and the client was faulty in not requesting modification of his telephone installation so as to properly use tele-crypters.

It has been noted that the supplier's duty to advise can require him to warn the client. French case law derived this principle from that applicable in the case of dangerous products.

The supplier's duty is first to warn the user of inherent risks in the computer procedure, in particular, structural changes necessary to introduce a computer in the business; next, to warn of start-up difficulties and recommend that the user maintain the former management systems during a transitional period.

le résultat à atteindre ? La cour estime qu'en dehors de toute convention expresse, on ne peut reprocher au fournisseur de ne pas s'être immiscé dans les calculs de rentabilité de son client, d'autant que Soripa aurait pu, grâce aux renseignements fournis par Logabax, calculer cette rentabilité. C'est en effet l'acheteur qui seul connaît son entreprise. La cour déboute Soripa : aucune annulation ou résolution de la vente ne lui est accordée, ni aucun dommages et intérêts.

On peut noter aussi la décision de la même cour d'appel, le 26 juin 1980⁷⁰ : elle estime qu'il n'y a pas pour le fournisseur de manquement à son obligation d'assistance et de renseignements en ne conseillant pas à l'utilisateur d'entreprendre certaines démarches auprès des P.T.T. D'une part, son client ne l'avait pas prévenu de l'existence d'une situation particulière (groupage de lignes), d'autre part, ayant des difficultés, son client n'a pas demandé une modification à son installation téléphonique qui lui aurait permis une utilisation normale des télécopieurs.

20. Nous avons noté qu'en outre, l'obligation de conseil du fournisseur pouvait se concrétiser par une véritable obligation de mise en garde. La jurisprudence française étend à l'informatique le principe dégagé à propos de la vente de produits dangereux⁷¹.

Il s'agit d'abord « d'avertir l'utilisateur des risques inhérents à une procédure d'information et tout particulièrement, des modifications de structure à apporter à l'entreprise du fait de l'insertion de l'ordinateur⁷². Il s'agit ensuite de prévenir des difficultés de démarrage d'une installation informatique et de conseiller à l'utilisateur le maintien des anciennes méthodes de gestion pendant un

70. Paris 26 juin 1980, R.X. c. Géotechnique, *Expertises*, 1980, n° 21, 2 et s.

71. En ce sens aussi, A. Bensoussan, « L'obligation de conseil des S.S.C.I. », op. cit., 4. Sur l'obligation de mise en garde à propos de produits dangereux, M. Fallon : « La Cour de cassation et la responsabilité liée aux biens de consommation », *RCJB*, 1979, 176-177.

72. La jurisprudence a appliqué cette première application de l'obligation de mise en garde dans l'affaire CERCIL c. CPS, déjà citée, où elle reproche au fournisseur de n'avoir pas « formellement appelé l'attention (de l'utilisateur) sur la difficulté de fonctionnement que présentait le système ».

certain temps, c'est-à-dire pendant le transfert des applications sur le nouveau système⁷³.

C. — Conclusion à propos de la sanction des obligations des parties en cas de malformation du contrat

21. Les obligations de renseignements et de conseil dans la période précontractuelle ont été progressivement dégagées de la jurisprudence relative aux vices de consentement du contrat⁷⁴ voire à la garantie des vices cachés⁷⁵. « Ceci correspond à la tendance générale de la jurisprudence de sanctionner la faute précontractuelle par recours au contrat⁷⁶ ».

Nous reviendrons certes sur la sanction contractuelle qu'ont trouvée certains manquements aux devoirs précontractuels lors de la négociation du contrat informatique⁷⁷. Nous ne nous attacherons pour le moment qu'à la sanction de l'article 1382 C.C., qui éventuellement peut coexister avec la nullité obtenue du contrat^{77 bis} (sanction contractuelle).

Case law has progressively separated these duties of information and advice during the pre-contractual period from defective consent and hidden defects principles in the contractual period.

Coexistence of Article 1382 and voiding the contract.

73. Trib. comm. Paris 19 avril 1971, J.C.P., 1971, II, 16752 à propos d'une installation mécanographique destinée à simplifier les méthodes comptables; cf. aussi, la décision CERCIL c. CPS citée note 71 où le fournisseur « aurait dû tout au moins recommander (à l'utilisateur) de conserver pendant un certain temps le traitement manuel parallèlement à la saisie informatique des données » et les commentaires d'Hugo Gevaert, « De l'obligation du vendeur d'informer son client », *Expertises*, 1979, n° 12.

74. A cet égard, les longs développements de Y. Boyer, op. cit., 1 et s.; nous avons noté qu'en Belgique l'obligation de renseignements et de conseil n'était pas encore consacrée de façon autonome (cf. cependant M. Coipel : « Les réactions de la doctrine face à la création des juges », *trav. Ass. H. Capitain*, 1980, à paraître).

75. Y. Boyer, « L'obligation de renseignements », op. cit. n° 209; cf. aussi la note de Fallon (J.T. 1981, 240 et s.).

76. M. Lucas de Leyssac, art. cité, in « L'information en droit privé », Paris, 1978, 340; M. Schmidt, art. cité, *RTDC*, 1974, 72, n° 48. En droit belge, les conclusions de Van Wijck-Alexandre, art. cité, *Ann. Fac. dr. Liège*, 1980, 81 et s.

77. Cf. *infra* n° 57 notre analyse de l'affaire Savie c. Logabax et d'autres affaires.

77 bis... puisqu'elle vise des périodes différentes, l'une la formation du contrat, l'autre sa conclusion ou son exécution (cf. sur cette coexistence, A. de Bersaques, art. cité, *RCJB*, 1964, 281 et 282; Cornélis, « Le dol dans la formation du contrat », note sous Cass. 2 mai 1974, *RCJB*, 1976, 47).

First hypothesis, neither the user nor the supplier may demand that the contract be voided. Reparation of damages could be in the form of a price reduction.

Second hypothesis, where the contract is voided because of one of the party's precontractual faults, the party must bear the consequences resulting from the nullity.

Opportunity losses should not be considered. The delay caused in achieving the objectives, inability to perform third party obligations and the usefulness of a properly performed contract for the victim should be considered.

Une première hypothèse peut être en effet que l'utilisateur ni le fournisseur ne réclame la nullité du contrat : « Le dommage est toujours susceptible de revêtir ici comme ailleurs de multiples formes et la réparation ayant pour but de remettre la victime autant que possible dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'y avait pas eu la faute, devra à chaque fois s'adapter à cette diversité⁷⁸. La réparation pourra consister en l'occurrence en la diminution du prix⁷⁹.

La seconde hypothèse est plus délicate : lorsque la nullité résulte de la faute précontractuelle de l'une des parties, celle-ci est tenue de réparer les suites préjudiciables de cette nullité. On retrouve en partie les solutions déjà évoquées en cas de faute ayant entraîné non conclusion du contrat⁸⁰.

Il ne peut en effet être question de tenir compte, sauf exception des occasions manquées de contracter ailleurs⁸¹. Par contre, le retard dans la réalisation des objectifs poursuivis, le non-respect d'engagements pris avec des tiers, l'intérêt que présentaient pour la victime la validité et l'exécution du contrat devront être pris en considération⁸².

78. M. Van Wijck-Alexandre, art. cité., *Ann. Fac. dr. Liège*, 80 (cf. aussi la conclusion, p. 83).

79. Par compensation et non par immixtion du juge dans le contrat (Trib. comm. Liège 20 mai 1960, *Jur. Liège*, 1959-1960, 299; A. de Bersaques, art. cité. *RCJB*, 1964, 282).

80. *Supra* n° 8.

81. De même, les frais consentis pour la négociation du contrat ne peuvent être retenus.

82. « La perte, à cause de la faute précontractuelle, des avantages escomptés du contrat est susceptible de donner lieu à un dommage moral qui est réparable ». (Trib. comm. Brux. 25 août 1971, *J.C.B.*; 1973, 1295).